

## UTLÅTANDE

---

**Energimarknadsinspektionen**

./.

**Ellevio AB m.fl.**

Kammarrätten i Jönköping

---

28 oktober 2021

## A. BAKGRUND OCH UPPDRAG

1. Energimarknadsinspektionen ("Ei") är ansvarig tillsynsmyndighet enligt den reglering avseende elnät och nätföretag som återfinns i ellagen (1997:857) och därtill hörande författningar. Ei har bl.a. till uppgift att fastställa sådana intäktsramar för nätföretag som avses i 5 kap. 1 § ellagen.
2. Ei har fastställt intäktsramar för samtliga nätföretag för perioden 2020–2023. Vid fastställande av intäktsramar har Ei tillämpat de bestämmelser avseende metodik för beräkning som återfinns i förordning (2018:1520) om intäktsram för elnätsverksamhet ("intäktsramsförordningen").
3. Ellevio AB ("Ellevio") och andra nätföretag har bestritt lagenligheten av Ei:s beslut om intäktsramar och överklagat till förvaltningsrätten. Ellevio har bl.a. gjort gällande att intäktsramsförordningen står i strid med bestämmelser avseende tillsynsmyndighetens oberoende som finns i det s.k. tredje elmarknadsdirektivet.<sup>1</sup>
4. Förvaltningsrätten i Linköping har i dom av den 26 februari 2021<sup>2</sup> ("förvaltningsrättens dom") upphävt besluten avseende intäktsramar för Ellevio och återförvisat målen till Ei för fastställande av intäktsramar med iakttagande av de anvisningar som förvaltningsrätten lämnat genom domen. Förvaltningsrätten har därvid ansett att intäktsramsförordningens detaljreglering om hur den regulatoriska avkastningen ska beräknas strider mot direktivets krav på att den nationella tillsynsmyndigheten ska vara oberoende och att dess grundläggande uppgifter inte får inskränkas. Intäktsramsförordningens bestämmelser om beräkning av avkastning ska därför enligt förvaltningsrätten inte tillämpas vid fastställande av nätföretagens intäktsramar.
5. Ei har överklagat förvaltningsrättens dom till kammarrätten i Jönköping där handläggning av målen nu pågår.
6. Undertecknad har mot ovanstående bakgrund fått i uppdrag av Ei att bedöma om det tredje elmarknadsdirektivets bestämmelser avseende den nationella tillsynsmyndighetens oberoende är sådana att de kan åberopas av en enskild och tillämpas av nationell domstol inom ramen för ett mål i nationell domstol avseende

---

<sup>1</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG.

<sup>2</sup> Förvaltningsrätten i Linköping, dom den 26 februari 2021 i mål nr 9850-19 m.fl.

intäktsramar – det vill säga om de aktuella bestämmelserna har s.k. *direkt effekt* i det avseende som synes ligga till grund för förvaltningsrättens dom. I uppdraget ingår också att bedöma om det tredje elmarknadsdirektivets bestämmelser på annat sätt kan påverka tillämpningen av de svenska reglerna rörande fastställande av intäktsramar.

7. Uppdraget är således begränsat till ovan nämnda frågeställningar. I uppdraget ingår därmed t.ex. inte att bedöma om den svenska regleringen avseende intäktsramar är förenlig med elmarknadsdirektivet eller att mer generellt bedöma lagenligheten i Ei:s beslut avseende intäktsramar.

## **B. TREDJE ELMARKNADSDIREKTIVET OCH BESTÄMMELSERNA AVSEENDE TILLSYNSMYNDIGHETENS OBEROENDE**

8. Det tredje elmarknadsdirektivet syftar övergripande till att skapa en välfungerande och effektiv inre marknad för el. Direktivet bygger vidare på tidigare direktiv med samma övergripande syfte.
9. Direktivet innehåller, liksom dess föregångare, bestämmelser om att det ska finnas en nationell tillsynsmyndighet som är oberoende av politiska och kommersiella intressen. Bestämmelser avseende tillsynsmyndighetens oberoende återfinns primärt i direktivets artikel 35. Denna återges i det följande i relevanta delar:

### ***”Tillsynsmyndigheternas utnämning och oberoende***

1. *Varje medlemsstat ska utse en nationell tillsynsmyndighet på nationell nivå.*
2. *Punkt 1 ska inte påverka utnämningen av andra tillsynsmyndigheter på regional nivå i medlemsstaterna, förutsatt att det finns en företrädare på hög nivå för representation och kontakt på gemenskapsnivå i den tillsynsnämnd som ingår i byrån i enlighet med artikel 14.1 i förordning (EG) nr 713/2009.*
3. *[...]*
4. *Medlemsstaterna ska garantera tillsynsmyndighetens oberoende och säkerställa att den utövar sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt. I detta syfte ska medlemsstaterna se till att tillsynsmyndigheten, när den utför de uppgifter som den tilldelas i enlighet med detta direktiv och tillhörande lagstiftning,*
  - a) *är juridiskt åtskild från och funktionellt oberoende av alla andra offentliga och privata organ,*
  - b) *att dess personal och de personer som svarar för dess ledning*
    - i) *agerar oberoende av marknadsintressen, och*
    - ii) *inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering eller annat offentligt eller privat organ när de utför sina tillsynsuppgifter. Detta krav inkräktar inte i förekommande fall på ett nära samarbete med andra berörda nationella myndigheter eller på de allmänna politiska riktlinjer som regeringen utfärdar och som inte avser tillsynsskyldigheter och tillsynsbefogenheter enligt artikel 37.*
5. *För att bevara tillsynsmyndighetens oberoende ställning ska medlemsstaterna i synnerhet se till*

a) att tillsynsmyndigheten kan fatta självständiga beslut oberoende av något politiskt organ och har särskilda årliga budgetanslag med självständigt ansvar för den anslagna budgetens genomförande och tillräckliga personella och ekonomiska resurser för att kunna utföra sina uppgifter, och

b) att ledamöterna av tillsynsmyndighetens styrelse eller, om sådan inte finns, tillsynsmyndighetens högsta ledning utses för en bestämd period på mellan fem och sju år, som ska kunna förnyas en gång.

Med avseende på första stycket b ska medlemsstaterna se till att det finns ett lämpligt roterande system för styrelsen eller högsta ledningen. Styrelsens ledamöter eller, om styrelse inte finns, medlemmar av högsta ledningen kan avsättas endast om de inte längre uppfyller villkoren i denna artikel eller har gjort sig skyldiga till fel enligt nationell lag."

10. Artikel 36 innehåller föreskrifter om de mål tillsynsmyndigheten ska söka bidra till i sitt arbete. Dessa mål avser bl.a. att främja en konkurrenskraftig, säker och miljömässigt hållbar marknad för el och att undanröja restriktioner för elhandeln mellan medlemsstater.
11. Artikel 37 innehåller en mycket omfattande redogörelse av de närmare uppgifter och befogenheter som de nationella tillsynsmyndigheterna ska ha. Såvitt nu är av intresse kan artikel 37.6 a) noteras, vilken har följande lydelse:

"6. Tillsynsmyndigheterna ska ansvara för att tillräckligt lång tid i förväg innan dessa träder i kraft, fastställa eller godkänna åtminstone metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för

a) anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder; dessa tariffer eller metoder ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion"

12. Nivån för överförings- och distributionstariffer bestäms i Sverige genom fastställande av intäktsramar för nätföretag.

### C. INVERKAN AV EU-RÄTTEN I NATIONELLA DOMSTOLAR

13. Som bakgrund till de konkreta frågorna i målet är det nödvändigt att sätta frågan i sitt sammanhang genom en kortare översikt över de sätt på vilka unionsrätten kan inverka på rättstillämpningen i nationella domstolar.
14. Unionsrätten kan få betydelse för rättstillämpningen i nationella domstolar först och främst genom att unionsrättsliga regler helt enkelt tillämpas av domstolen, det vill säga att domstolen hänvisar till rättsregeln och ger den direkt inverkan på rättstillämpningen som vilken lagregel som helst. Regeln tillerkänns med andra ord *direkt effekt*.
15. Genom EU-domstolens praxis är det klarlagt att såväl primärrättsliga bestämmelser (främst fördragen) som sekundärrättsliga rättsakter (förordningar, direktiv och beslut) kan ha direkt effekt under vissa förutsättningar. Dessa är övergripande att

bestämmelsen ifråga måste vara ovillkorlig och tillräckligt klar och precis för att kunna verkställas direkt i nationell domstols rättstillämpning.<sup>3</sup> Det följer av principerna om unionsrättens företrädare respektive medlemsstaternas lojalitetsplikt att om en regel i nationell lagstiftning står i strid med unionsrättslig bestämmelse som har direkt effekt, ska den nationella rättsregeln inte tillämpas.<sup>4</sup>

16. En unionsrättslig bestämmelse kan vidare få betydelse genom s.k. "indirekt effekt". Principen om indirekt effekt innebär att nationella domstolar, inom ramen för den behörighet som domstolen har enligt den nationella rätten, ska tolka nationella rättsregler i ljuset av unionsrätten för att i möjligaste mån åstadkomma en rättstillämpning som är i linje med unionsrätten.<sup>5</sup> Indirekt effekt innebär strängt taget inte att den nationella domstolen "tillämpar" unionsrätten på omständigheterna i målet utan snarare att tillämpningen av *nationella rättsregler* anpassas i de fall så är möjligt. Specifikt ifråga om direktiv brukar denna indirekta effekt benämnas "direktivkonform tolkning".
17. Direktivkonform tolkning bygger på att det finns nationella rättsregler som är möjliga att tolka på ett sätt som är förenligt med unionsrätten och får inte innebära att tolkning sker *contra legem*, det vill säga i direkt strid med innehållet i de nationella rättsreglerna.<sup>6</sup>
18. För det fall unionsrätten inte kan ges genomslag vare sig genom att tillämpas direkt eller genom tolkning av nationell rätt återstår endast principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar för bristande implementering av unionsrätten. Sådant skadeståndsansvar kan föreligga om de unionsrättsliga bestämmelserna är avsedda att tillerkänna enskilda rättigheter, vars innehåll kan utläsas av unionsbestämmelserna samt det föreligger ett orsakssamband mellan skadan och medlemsstatens underlåtelse att uppfylla sina skyldigheter enligt unionsrätten.<sup>7</sup>
19. De ovan kort sammanfattande principerna utgör de sätt på vilka unionsrättsliga bestämmelser kan få inverkan i ett förfarande inför nationell domstol. Att EU-domstolen på detta sätt gradvis öppnat dörren för nationella domstolar att tillämpa eller beakta unionsrätten ska ses mot bakgrund av att den i fördraget angivna sanktionen vid bristande implementering av unionsrätten – det vill säga Kommissionens rätt att föra en

---

<sup>3</sup> Principen avseende direkt effekt för direktivbestämmelser först fastslagen i mål 41/74 *Van Duyn mot Home Office*.

<sup>4</sup> Dom i mål C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA mot Milano kommun*, punkterna 28–33.

<sup>5</sup> Dom i mål 14/83 *Von Colson* och efterföljande praxis

<sup>6</sup> Se t.ex. dom i mål C-176/12 *Association de médiation sociale*, punkt 39; mål C-282/10 *Dominguez* samt förenade målen C378/07-C380/07 *Angelidaki m.fl.*

<sup>7</sup> Principen om medlemsstaternas skadeståndsskyldighet i dessa fall lades först fast i förenade målen 6/90 och 9/90 *Frankovich*.

fördragsbrottstalan mot medlemsstaten ifråga – inte bedömts tillräcklig för att uppnå en enhetlig rättstillämpning inom unionen.

20. Möjligheten för enskilda att åberopa – och för nationella domstolar att tillämpa eller beakta – unionsrätten är dock inte heltäckande. Det är alltså så att vissa bestämmelser, i synnerhet direktivbestämmelser, inte är vare sig avsedda eller möjliga för enskilda att åberopa i ett förfarande i nationell domstol. I de fall den nationella rätten inte heller kan tolkas på ett sätt som är förenligt med direktivet får saken hanteras genom Kommissionens rätt att föra en fördragsbrottstalan enligt artikel 258 Fördrag om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF). Det är en sådan talan som lett till att EU-domstolen i mål C-718/18 förklarar att Tyskland brutit i implementering av det tredje elmarknadsdirektivet genom att inte på rätt sätt ha genomfört artikel 35 rörande tillsynsmyndighetens oberoende.<sup>8</sup> Det kan noteras att den tyska regleringen avseende metoder för att fastställa tariffer för överföring och distribution, enligt vad som beskrivs i nämnda mål, var sådan att det svårligen hade varit möjligt för tyska domstolar att genom tolkning åstadkomma en sådan tillämpning som unionsrätten ansågs kräva.
21. I sammanhanget måste den anmärkningen göras att i förvaltningsrättens dom har det inte klargjorts på vilket sätt förvaltningsrätten bedömt att det tredje elmarknadsdirektivets bestämmelser om tillsynsmyndighetens oberoende kan åberopas av Ellevio eller i övrigt beaktas av nationell domstol. Det är således inte tydligt uttryckt om förvaltningsrätten grundat avgörandet på en bedömning rörande direkt effekt, om förvaltningsrätten tillämpat principen om direktivkonform tolkning eller av annan anledning bedömning att unionsrätten ska tillämpas eller ges genomslag.
22. Förvaltningsrätten hänvisar dock till EU-domstolens ovan nämnda dom i mål C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA mot Milano kommun* när förvaltningsrätten anger att den "...har till uppgift att tillämpa både unionsrätten och den svenska nationella rätten [...] samt att säkerställa att Ei följer unionsrätten." I målet *Fratelli Costanzo* klargör EU-domstolen som sagt att om en unionsrättslig bestämmelse har direkt effekt, är nationell domstol skyldig att tillämpa bestämmelserna samt att avstå från att tillämpa de bestämmelser i nationell rätt som är oförenliga med bestämmelserna i artikeln.<sup>9</sup>
23. EU-domstolen har dock aldrig utsträckt denna princip om unionsrättens företräde (och den därav följande skyldigheten att avstå från tillämpning av motstridig nationell rätt) till bestämmelser som inte har direkt effekt. Det är ju just mot bakgrund av att sådana direktivbestämmelser (icke direkt tillämpliga bestämmelser) inte kan tillämpas direkt av nationell domstol som EU-domstolen utvecklat principen om indirekt effekt eller

---

<sup>8</sup> Dom i mål C-718/18 *Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*.

<sup>9</sup> Dom i mål C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA mot Milano kommun*, punkterna 28–33.

direktivkonform tolkning. Om det i något skede har funnits en oklarhet i denna fråga<sup>10</sup> så har saken blivit avgjord på ett tydligt sätt av EU-domstolen genom två avgöranden under 2019; *Popławski* respektive *A.K. m.fl.*<sup>11</sup> I förstnämnda dom uttalade domstolen bl.a. följande:

*“62. Däremot kan en unionsrättslig bestämmelse som saknar direkt effekt inte som sådan åberopas inom ramen för en unionsrättslig tvist, i syfte att en nationell bestämmelse som strider mot unionsrätten inte ska tillämpas.*

*63. Den nationella domstolen är således inte skyldig att enbart med stöd av unionsrätten underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som inte är förenlig med en bestämmelse i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som, i likhet med dess artikel 27, saknar direkt effekt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 januari 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, punkterna 46–48).”*

24. Det noteras att de avgöranden från EU-domstolen och svenska domstolar som Ellevio har hänvisat till i frågan rörande den påstådda skyldigheten att åsidosätta nationell rätt som strider mot unionsrätten antingen avser unionsrättsliga bestämmelser som har direkt effekt, eller mål där direkta effekterna över huvud taget inte behandlats.<sup>12</sup> Under alla omständigheter rör det sig om avgöranden från tiden innan EU-domstolen klargjort att unionsrättens företrädare inte kan utsträckas till bestämmelser som saknar direkt effekt på det tydliga och uttryckliga sätt som gjordes i ovan nämnda mål. Vad Ellevio framfört i denna fråga framstår därför som felaktigt eller i vart fall vilseledande. Direktivbestämmelser som inte har direkt effekt får alltså inte till följd att motstridiga bestämmelser i nationell rätt ska åsidosättas. Skälen till att det förhåller sig på detta sätt handlar i grunden om rättssäkerhet och förutsebarhet.
25. Vidare kan förvaltningsrätten inte ha tillämpat principen om indirekt effekt eller direktivkonform tolkning. Detta följer om inte annat så av att förvaltningsrätten inte har *tolkat* de svenska nationella rättsreglerna, utan istället har valt att åsidosätta dem i sin helhet. Dessutom gäller ju att tolkning inte får ske *contra legem* enligt vad som beskrivits ovan.
26. Mot ovanstående bakgrund får det hållas för visst att förvaltningsrättens slutsatser bygger på förutsättningen att bestämmelserna i tredje elmarknadsdirektivet rörande tillsynsmyndighetens oberoende har direkt effekt, oaktat att detta inte synes ha prövats. Under alla omständigheter blir förvaltningsrättens slutsats att den svenska nationella

---

<sup>10</sup> M. Dougan, *When worlds collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*, (2007) *Common Market Law Review*, 931, 932-935.

<sup>11</sup> Mål C-573/18 *Popławski*, samt de förenade målen C-585/18, C-624/18 och C-625/18 *A.K. m.fl.*

<sup>12</sup> Ellevios kompletterande överklagande daterat 2020-02-28 i förvaltningsrättens mål nr 9850-19 m.fl, sidorna 94-96.

rätten och i synnerhet intäktsramsförordningen inte ska tillämpas endast begriplig med denna utgångspunkt.

#### D. DIREKT EFFEKT AV DIREKTIV

27. Direktiv skiljer sig från andra rättsakter på så sätt att de är adresserade till medlemsstaterna och normalt även är formulerade som en instruktion till medlemsstaterna att genomföra vissa åtgärder eller viss reglering. Artikel 288 st. 2 FEUF har följande lydelse:

*”Ett direktiv ska med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men ska överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.”*

28. Direktiv är alltså adresserade till medlemsstaterna och ålägger dessa en skyldighet att åstadkomma vissa resultat i de nationella rättsordningarna. Fördragsbestämmelsens formulering innebar att det inledningsvis var en vanlig uppfattning att direktiv aldrig kan ge upphov till direkt effekt eller liknande rättsverkningar i de nationella rättsordningarna. Som utgångspunkt gäller alltså att direktiv endast binder medlemsstaterna och därmed inte ger upphov till generella rättsregler som enskilda kan stödja sig på.
29. Som nämnts ovan har EU-domstolen dock klargjort att enskilda i vissa fall kan förlita sig direkt på direktivbestämmelser på samma sätt som om de vore allmänt tillämplig lag. Grundkriterierna för att en direktivbestämmelse ska anses ha direkt effekt är att bestämmelsen är (i) *klar och precis*, och (ii) *ovillkorlig* i den meningen att det inte krävs några ytterligare rättsakter eller åtgärder från unionen eller medlemsstaten för att bestämmelsen ska kunna tillämpas. Ibland nämns även som ett tredje självständigt kriterium att det inte ska finnas något diskretionärt utrymme för medlemsstaten vid implementering av bestämmelsen, även om detta möjligen kan tyckas följa av de två förstnämnda kriterierna.<sup>13</sup> Därtill gäller även att implementeringsfristen för direktivet ska ha löpt ut.
30. EU-domstolens praxis är alltid relaterad till en specifik bestämmelse och därtill normalt även knuten till ett specifikt mål i en nationell domstol. Det är därför förenat med vissa svårigheter att i generella termer lämna en exakt redogörelse för den närmare innebörden i de kriterier som är styrande för direkt effekt. Baserat på en analys av EU-domstolens mycket omfattande praxis i frågan kan ändå vissa aspekter av intresse för målet belysas i det följande.

---

<sup>13</sup> Se t.ex. P.J.G. Kapteyn och P. Verloren van Themaat, *Introduction to Law of the European Communities*, 1990, s. 336.



31. Beträffande bestämmelsens karaktär kan sägas att den i någon mening ska vara tillräcklig "färdig" i sig själv för att kunna ligga till grund för rättstillämpning direkt i nationell domstol. Bäst fångas detta i det engelska uttrycket att en direkt tillämplig direktivbestämmelse ska vara *justiciable*, vilket inte synes ha någon direkt motsvarighet i svenskan.<sup>14</sup> Det ska alltså vara fråga om en tydlig rättsregel av en sådan karaktär att domstolen kan använda den för att skipa rätt i målet.
32. Att bestämmelsen ska vara *justiciable*, eller "användbar för rättskipning", leder vidare till iakttagelsen att direktivbestämmelser som ansetts ha direkt effekt vanligen, men inte alltid, är av *materiell natur*. Det är alltså frågan om tydligt handlingsdirigerande bestämmelser som ger anvisningar om hur domstolen ska döma i målet.
33. Unionens direktiv innehåller normalt olika typer av bestämmelser. Det är dels frågan om materiella bestämmelser som specificerar innehållet i "gällande rätt" (eller rättare sagt det innehåll som medlemsstaterna ska se till att den nationella rätten har). Därutöver återfinns ofta även *organisatoriska* bestämmelser, vilka närmast utgör instruktioner till medlemsstaterna om hur de ska organisera sitt arbete inom det område som regleras av direktivet. Det kan handla om rapporter eller programförklaringar som ska upprättas, befogenheter som ska utdelas eller myndigheter som ska inrättas. Avseende denna typ av bestämmelser uppkommer sällan eller aldrig frågan om direkt effekt, om inte annat så för att enskilda parter i domstolsprocesser normalt inte har anledning att åberopa direktivbestämmelser om hur staten ska organisera sitt arbete. Organisatoriska bestämmelser i direktiv skulle i och för sig kunna ha direkt effekt om de är precisa och ovillkorliga, men då inte nödvändigtvis ge upphov till samma rättsverkningar som när en materiell bestämmelse har direkt effekt.
34. Ovanstående åtskillnad mellan materiella och organisatoriska direktivbestämmelser och deras effekt i nationell domstol kan belysas med några exempel från EU-domstolens praxis.

#### ***Stichting Natuur en Milieu***<sup>15</sup>

35. Målet gällde, såvitt här är av intresse, vissa frågor angående direktiv 2001/81/EG om nationella utsläppstak för vissa luftföroreningar (NEC-direktivet). Detta direktiv föreskriver att medlemsstaterna ska minska sina utsläpp av vissa ämnen. Artikel 4.1 i NEC-direktivet, med rubriken "nationella utsläppstak", har följande lydelse:

*"1. Medlemsstaterna skall senast år 2010 begränsa sina årliga nationella utsläpp av föroreningarna svaveldioxid (SO<sub>2</sub>), kväveoxider (NO<sub>x</sub>), flyktiga organiska föreningar*

---

<sup>14</sup> Se t.ex. Craig och de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 2020, s 245.

<sup>15</sup> Förenade målen C-165/09–C-167/09 *Stichting Natuur en Milieu*.

*(VOC) och ammoniak (NH<sub>3</sub>), till mängder som inte överskrider de utsläppstak som anges i bilaga I, varvid hänsyn skall tas till eventuella ändringar till följd av gemenskapsåtgärder som vidtas med anledning av de rapporter som avses i artikel 9.”*

36. Artikel 6 i NEC-direktivet har följande lydelse:

*”1. Medlemsstaterna skall senast den 1 oktober 2002 utarbeta program för att stegvis minska nationella utsläpp av de föroreningar som anges i artikel 4 med målet att senast år 2010 åtminstone respektera de nationella utsläppstak som anges i bilaga I.*

*2. De nationella programmen skall innehålla information om antagna och planerade strategier och åtgärder samt kvantitativa uppskattningar av hur dessa strategier och åtgärder kommer att påverka utsläppen av föroreningar år 2010. Betydande förväntade förändringar i den geografiska fördelningen av de nationella utsläppen skall anges.*

*3. Medlemsstaterna skall vid behov uppdatera och revidera de nationella programmen senast den 1 oktober 2006.*

*4. Medlemsstaterna skall göra de program som utarbetas enligt punkterna 1, 2 och 3 tillgängliga för allmänheten och relevanta organisationer, t.ex. miljöorganisationer. Den information som hålls tillgänglig för allmänheten och för organisationer enligt denna punkt skall vara tydlig, lättförståelig och lättillgänglig.”*

37. I målet inför den holländska domstolen gjorde miljöorganisationer m.fl. gällande att NEC-direktivet (i kombination med viss annan lagstiftning) utgjorde hinder för den holländska staten att bevilja tillstånd till vissa kraftverk som, enligt vad som gjordes gällande, skulle innebära att staten inte kunde uppfylla sitt åtagande enligt direktivet. Den holländska domstolens tolkningsfrågor till EU-domstolen gällde bl.a. vilken effekt NEC-direktivets bestämmelser kunde ha i det nationella målet.

38. Domstolen uttalade följande angående artikel 4:

*”98. Eftersom det inte föreskrivs någon ovillkorlig och tillräckligt precis skyldighet att föra en viss politik eller anta specifika och punktvisa åtgärder för att uppnå det avsedda resultatet, kan enskilda inte direkt inför en nationell domstol åberopa artikel 4 i NEC-direktivet i syfte att, före den 31 december 2010, hävda att behöriga myndigheter ska neka eller begränsa ett beslut att bevilja miljötillstånd av den typ som är aktuell i de nationella målen, eller att de ska anta specifika kompensationsåtgärder sedan ett sådant tillstånd beviljats.”*

39. Beträffande artikel 6 uttalade domstolen:

*”99. Artikel 6 i NEC-direktivet är däremot ovillkorlig och tillräckligt precis då det häri på ett otvetydigt sätt föreskrivs en skyldighet för medlemsstaterna att i enlighet med artikel 6.1, 6.2 och 6.3 utarbeta nationella program för att stegvis minska nationella utsläpp av föroreningar från i synnerhet SO<sub>2</sub> och NO<sub>x</sub> för att iaktta de gränsvärden som anges i bilaga I till direktivet senast i slutet av år 2010. Vidare föreskrivs i artikel 6.4 även en skyldighet att göra dessa program tillgängliga för allmänheten och relevanta organisationer, till exempel miljöorganisationer, medelst information som är tydlig, lättförståelig och lättillgänglig.*

*100. Direkt berörda fysiska och juridiska personer har följaktligen rätt att kräva, eventuellt genom att väcka talan vid nationell domstol, att behöriga myndigheter till att sådana unionsrättsliga bestämmelser iakttas och genomförs.”*

40. Målet innehåller flera intressanta aspekter. Vad gäller artikel 4 i NEC-direktivet kan noteras att det i och för sig är en mycket klar och tydlig bestämmelse som föreskriver exakt vilka utsläppsminskningar medlemsstaterna ska uppnå. Den är likväl inte användbar i det nationella målet för det syfte som de enskilda parterna åberopar den. Direktivbestämmelsen ger inte uttryck för en rättsregel som är "justiciable" i det aktuella målet.
41. Vad gäller artikel 6 i NEC-direktivet så är det en sådan organisatorisk bestämmelse som berörts ovan. Bestämmelsen ger inte uttryck för innehållet i gällande rätt utan är en instruktion till medlemsstaterna om hur de ska arbeta med de frågor som berörs av direktivet. Bestämmelsen har direkt effekt, men endast i så motto att en enskild part i nationellt domstolsförfarande skulle kunna kräva att staten utarbetar sådana program som beskrivs i direktivet. Detta skiljer sig uppenbarligen från den typ av direkt effekt som föreligger när en nationell domstol förlitar sig på en materiell direktivbestämmelse i syfte att avgöra målet på visst sätt.

**Frankovich m.fl.**

42. Målet gällde direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens samt effekterna av detta i nationellt domstolsförfarande. Direktivet innehåller dels organisatoriska bestämmelser om att medlemsstaterna ska inrätta garantiinstitutioner som ska ersätta arbetstagare vars lön uteblivit på grund av arbetsgivarens insolvens, dels materiella bestämmelser som relativt detaljerat anger vilka arbetstagare som har rätt till ersättning och de närmare förutsättningarna för detta.

43. Domstolen uttalade:

*"14. [direktivets bestämmelser om vilka arbetstagare som har rätt till ersättning] är tillräckligt precisa och ovillkorliga för att den nationella domstolen skall kunna fastställa om en person skall anses omfattas av garantierna i direktivet."*

44. Därefter övergick domstolen till de organisatoriska bestämmelserna i direktivet (det vill säga de bestämmelser enligt vilka medlemsstaterna skulle inrätta garantifonder). Domstolen konstaterade bl.a. att det fanns olika valmöjligheter för medlemsstaterna angående garantiinstitutionernas organisation och finansiering. Det gick inte att av direktivet utläsa exakt hur denna organisation skulle se ut eller vem som skulle vara betalningsansvarig. Domstolen konstaterade:

*"26. Härav följer att även om ifrågavarande bestämmelser i direktivet är tillräckligt precisa och ovillkorliga såvitt gäller bestämmandet av vilka som omfattas av garantin och innehållet i denna garanti, så är dessa omständigheter inte tillräckliga för att enskilda skall kunna åberopa dessa bestämmelser vid nationella domstolar. För det första innehåller bestämmelserna ingen angivelse om vem som är betalningsansvarig för garantin och för det andra kan staten inte anses som betalningsansvarig enbart på grund*

*av den omständigheten att staten inte inom föreskriven tid har vidtagit åtgärder för direktivets införlivande.”*

45. Målet är ett exempel på ett fall där medlemsstaten hade underlåtit att införa en sådan organisation som stadgades i direktivet. Det innebar i det aktuella fallet att bestämmelserna om lönegaranti inte kunde tillerkännas direkt i den nationella domstolen. En annan sak var att domstolen konstaterade att medlemsstaten (Italien) mot denna bakgrund ådrog sig utomkontraktuell skadeståndsskyldighet gentemot den som lidit skada av den bristande implementeringen.

#### **E. HAR BESTÄMMELSERNA OM TILLSYNSMYNDIGHETENS OBEROENDE DIREKT EFFEKT?**

46. Förvaltningsrätten har i sin dom inte specifikt angett vilken bestämmelse i tredje elmarknadsdirektivet det är som skulle kunna ha sådan effekt att enskilda kan åberopa den och att oförenliga nationella rättsregler ska åsidosättas. Inte heller synes Ellevio ha specificerat detta enligt den dokumentation jag tagit del av.
47. Som det får förstås är det närmast artikel 35 i direktivet och i synnerhet punkt 4 i denna artikel som åsyftas. Det är dock möjligt att också andra bestämmelser i direktivets kapital IX inverkat på förvaltningsrätten och Ellevio hänvisar också till andra bestämmelser i sin argumentation. Frågan blir därför närmast om bestämmelserna rörande tillsynsmyndighetens oberoende generellt är av sådan karaktär att de har direkt effekt och, samt vad en sådan eventuellt direkt effekt innebär.
48. Genom de aktuella bestämmelserna förpliktigas medlemsstaterna att inrätta en myndighet som ska ha vissa uppgifter och vissa befogenheter. Bestämmelserna är tämligen detaljerade och (i allmänhet) tydliga. Bestämmelserna gäller medlemsstaternas organisation av tillsynen och föreskriver, med något undantag, således inte de materiella rättsregler som ska gälla i den nationella rätten.
49. Den första frågan är om bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende är *klara, precisa och ovillkorliga* på ett sådant sätt att de kan åberopas av enskilda i ett nationellt domstolsförfarande. I denna del ska noteras att artikel 35 i och för sig tycks beskriva omfattningen av tillsynsmyndighetens oberoende i klara och precisa, relativt detaljerade, ordalag. Samtidigt måste det framhållas att *omfattningen* av kraven på tillsynsmyndighetens oberoende, såsom dessa förklarats av EU-domstolen i mål avseende fördragsbrott, inte är enkel att utläsa av direktivets ordalydelse. I synnerhet är det inte uppenbart att det står i strid med reglerna om tillsynsmyndighetens oberoende om medlemsstaterna utfärdar generellt tillämpliga rättsakter som implementerar och preciserar de övergripande principer som finns i unionsrätten avseende metodiken för att bestämma överförings- och distributionstariffer.

50. Det förefaller nämligen vara i linje med direktivets ordalydelse om medlemsstaterna implementerar en ordning med en nationell tillsynsmyndighet som är juridisk åtskild och funktionellt oberoende av alla andra offentliga och privata organ, och dess ledning och personal är rättsligt och funktionellt förhindrade från att ta hänsyn till marknadsintressen eller att ta emot direkta anvisningar från någon regering eller privat organ, samt om myndigheten har alla de uppgifter och befogenheter som beskrivs i artiklarna 36 och 37. En sådan ordning innebär alltså att tillsynsmyndigheten är "oberoende under lagen" på det sätt vi normalt uppfattar myndigheternas ställning och uppdrag.
51. Den tolkning av direktivets krav på att tillsynsmyndigheten ska "*agera oberoende av marknadsintressen, och inte söka eller ta emot direkta anvisningar [...] när de utför sina tillsynsuppgifter*" som EU-domstolen redogjort för i ovan nämnda mål avseende fördragsbrottstalan mot Tyskland, såsom inkluderande generella rättsakter från regeringen, är inte tydlig från direktivets ordalydelse. Det ligger istället nära till hands att uppfatta direktivets förbud mot att söka eller ta emot direkta anvisningar såsom syftande på situationer där tillsynsmyndigheten inhämtar eller accepterar instruktioner om hur myndigheten ska besluta i enskilda ärenden som myndigheten har att hantera, eller att andra organ direkt fastställer de parametrar som myndigheten ska tillämpa (såsom i det belgiska fallet<sup>16</sup>). Detta mot bakgrund av att det i vissa medlemsländer synes finnas en reell risk för att påverkan från offentliga eller privata aktörer kan leda till att tillsynsmyndigheten gynnar vissa företag framför andra.
52. Vidare är det förhållandet att unionens lagstiftare valt uttrycket *direkta* anvisningar närmast ägnat att ge intrycket av att det handlar om mycket konkreta instruktioner, snarare än generella rättsakter.<sup>17</sup>
53. Det ska klargöras att EU-domstolen naturligtvis är den instans som ska uttolka unionsrätten och således kan förklara dess "rätta innebörd". Har EU-domstolen angivit att artikel 35.4 ska uppfattas på visst sätt är det detta som gäller. När det gäller frågan om direkt effekt står dock *direktivets ordalydelse* i centrum och frågan är om direktivet i klara, precisa och ovillkorliga ordalag föreskriver en ordning enligt vilken tillsynsmyndigheten inte endast är "oberoende under lag" utan oberoende på ett sådant sätt att den utan stöd av nationella implementeringsföreskrifter själv svarar för att ta fram hela beräkningsmetodikerna vid fastställande av tariffer, och därigenom också bestämmer nivån för avkastning m.m. För denna specifika fråga rörande direkt effekt saknar det strängt taget betydelse att EU-domstolen *inom ramen för en*

---

<sup>16</sup> C-474/08 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Belgien*.

<sup>17</sup> Det torde inte endast vara den svenska språkversionen av direktivet som är svårtolkat i denna del. Den engelska versionen talar om "*direct instructions*" och den franska om "*d'instructions directes*".

*fördragsbrotstalan* redogjort för en viss tolkning. En sådan dom innebär att den medlemsstat som berörs blir skyldig att korrigera sin lagstiftning, men den säger inget om att direktivet i detta varit så tydligt att medlemsstaternas domstolar ske ge bestämmelsen direkt verkan i nationella mål med den tolkning som EU-domstolen gett uttryck för.

54. Av visst intresse i detta sammanhang är att mer eller mindre samtliga medlemsstater synes ha uppfattat bestämmelserna om tillsynsmyndigheternas oberoende på så sätt att myndigheten ska vara oberoende men att det inte finns hinder för att införa nationella implementeringsföreskrifter rörande bl.a. metodiken vid bestämmande av tariffer.<sup>18</sup> Detta är anmärkningsvärt och indikerar i någon mån att omfattningen av kravet på tillsynsmyndighetens oberoende inte följer på ett tydligt sätt av direktivets ordalydelse.
55. Det ska framhållas att doktrinen om direkt effekt i och för sig inte utesluter att direktivbestämmelser kan behöva tolkas. Det finns otaliga exempel i domstolens praxis på direktivbestämmelser som ansetts klara, precisa och ovillkorliga, men som kan behöva tolkas av den nationella domstolen i det enskilda fallet. Exempelvis anger artikel 7 b) i direktiv 93/89 rörande bl.a. vägtullar att *"vägtullar och trafikavgifter inte får diskriminera direkt eller indirekt på grund av åkarens nationalitet eller fordonets ursprung eller bestämmelseort."* Exakt vilka situationer som omfattas av "diskriminering på grund av nationalitet" kan naturligtvis vara svårt att avgöra. Icke desto mindre slog EU-domstolen fast att bestämmelsen har direkt effekt eftersom den uttrycker en klar, tydlig och ovillkorlig rättsregel som nationella domstolar kan lägga till grund för rättstillämpningen.<sup>19</sup> På liknande sätt förhåller det sig med direkt tillämpliga fördragsbestämmelser. Det är således många gånger mycket svårt att i det enskilda fallet avgöra vad som avses med en "begränsning eller snedvridning av konkurrensen" enligt artikel 101 FEUF, vilket inte hindrar bestämmelsen från att ha direkt effekt.
56. Det som är gemensamt för ovan angivna bestämmelser (och det finns otaliga fler exempel) är att bestämmelsens ordalydelse ger upphov till en tydlig, handlingsdirigerande och i sig själv tillräcklig rättsregel, oaktat att det för nationella domstolen kan uppkomma tillämpningssvårigheter i det enskilda fallet.
57. Bestämmelsen rörande tillsynsmyndighetens oberoende i elmarknadsdirektivet och den tolkning som (förenklat) innebär att det inte får finnas nationella implementeringsföreskrifter skiljer sig i karaktär från dessa exempel med tydliga materiella rättsregler. Den "rätta innebörden" av bestämmelsen kan endast med

---

<sup>18</sup> Se i denna del rapport av CEER (Council of European Energy Regulators); *CEER Report on Regulatory Frameworks for European Energy Networks, 2020*, vilken biläggs detta utlåtande.

<sup>19</sup> Mål C-157/02 *Rieser Internationale Transporte*.

svårighet utläsas av direktivets ordalydelse och i detta avseende skiljer sig direktivet tydligt från de bestämmelser i EU-domstolens praxis som brukar tillerkännas direkt effekt.

58. Mot denna bakgrund håller jag det för högst tveksamt om artikel 35 i elmarknadsdirektivet är klar, precis och ovillkorlig på ett sådant sätt att den kan tillerkännas direkt effekt i nationell domstol såvitt avser enskilda åberopande av att nationell materiell reglering står i strid med kravet på tillsynsmyndighetens oberoende. Det är i sammanhanget signifikant att de mål i EU-domstolen som rör tillämpning av artikel 35, eller motsvarande bestämmelser i direktivets föregångare, utgör talan om fördragsbrott.<sup>20</sup> I dessa mål saknar det som ovan angetts betydelse huruvida bestämmelsen har direkt effekt eller ej. Det framstår som att det inte i andra fall varit aktuellt för nationella domstolar att tillämpa artikel 35 direkt på det sätt som görs gällande i målet i kammarrätten och i vart fall inte i ett mål som handlar om fastställande av tariffer för ett specifikt nätföretag.
59. Som kontrast till bestämmelserna rörande tillsynsmyndighetens oberoende kan nämnas direktivets kapitel IX, i artikel 37.6 a) punkt 6, vilken innehåller en bestämmelse som skulle kunna ha direkt effekt. Det rör sig om den i avsnitt B ovan refererade bestämmelsen som innebär att tariffer ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion. Detta är en materiell bestämmelse som i princip är möjlig för en nationell domstol att tillämpa, låt vara att det finns bevissvårigheter. Det är upp till EU-domstolen att bedöma om den är tillräckligt klar och precis för att nå tröskeln för direkt effekt men det är i vart fall en sådan bestämmelse som *till sin karaktär* kan ha direkt effekt.
60. Den andra frågan är *i vilket avseende* bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende skulle kunna ha direkt effekt. EU-domstolens uttalanden om direkt effekt för direktivbestämmelser är nämligen ofta bundna till en kontext eller "kasuistiska", även om det också förekommer att domstolen i generiska ordalag förklarar att viss direktivbestämmelse har direkt effekt.
61. Den ovan refererade domen i *Stichting Natuur en Milieu* är illustrativ i detta avseende. Som beskrivits uttalade domstolen "*enskilda inte direkt inför en nationell domstol [kan] åberopa artikel 4 i NEC-direktivet i syfte att [...] hävda att behöriga myndigheter ska neka eller begränsa ett beslut att bevilja miljötillstånd av den typ som är aktuell i de nationella målen, eller*

---

<sup>20</sup> Undantaget är det något märkliga målet C-378/19 *Prezident Slovenskej republiky* i vilket det slovakiska presidentämbetet i nationell domstol förde talan mot Slovakiens regering. Den nationella domstolen frågade inte av något skäl, som möjligen har att göra med regler i Slovakiens interna rättsordning, om bestämmelserna ifråga hade direkt effekt.

*att de ska anta specifika kompensationsåtgärder sedan ett sådant tillstånd beviljats.” (Min understrykning).*

62. Det intressanta här är att domstolen inte uttalar sig om den direkta effekten generellt för den aktuella direktivbestämmelsen. Det är således fullt möjligt att bestämmelsen kan ha direkt effekt i vissa avseenden. Den har i vart fall inte direkt effekt i det avseendet att en enskild i ett mål inför nationell domstol som gäller miljötillstånd kan åberopa den i syfte att åstadkomma visst materiellt resultat i det aktuella målet.
63. Vidare förklarade domstolen att artikel 6 innehöll klara, precisa och ovillkorliga bestämmelser rörande medlemsstaternas skyldighet att utföra vissa åtgärder. Domstolen preciserade att denna direkta effekt innebär att berörda personer *”följaktligen [har] rätt att kräva, eventuellt genom att väcka talan vid nationell domstol, att behöriga myndigheter till att sådana unionsrättsliga bestämmelser iakttas och genomförs.”* Återigen är domstolen noga med att precisera *i vilket avseende* bestämmelsen har direkt effekt.
64. Bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende i artikel 35 utgör som nämnts ovan organisatoriska bestämmelser där unionen ger instruktioner till medlemsstaterna om hur de ska utforma sin tillsyn på elmarknadsområdet. Det är ovanligt att frågan om direkt effekt för denna typ av bestämmelser kommer under EU-domstolens prövning. Därför finns det inte mycket ledning om förutsättningarna för att sådana bestämmelser ska kunna tillämpas direkt av nationella domstolar och detsamma gäller i vilka omständigheter enskilda kan stödja sig på sådan eventuell direkt effekt i ett mål i nationell domstol.
65. Klart är att om bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende har direkt effekt så kan en berörd enskild föra talan och begära att medlemsstaten vidtar relevanta åtgärder för att göra organisationen av tillsynen förenligt med direktivet. Det är betydligt mer osäkert om en enskild som söker viss ändring av ett beslut rörande fastställande av nättariffer (eller intäktsram) kan åberopa reglerna om tillsynsmyndighetens oberoende i syfte att åstadkomma visst resultat i det målet. Ett sådant förfarande innebär i någon mening att ta ett språng från organisatoriska (eller formella) bestämmelser till materiell rättstillämpning i specifika frågor angående fastställande av tariffer.
66. Såvitt kunnat fastställas inom ramen för detta utlåtande har det inte förekommit att bestämmelser av den typ som bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende utgör av EU-domstolen ansetts ge upphov till en rätt för enskilda att stödja sig på de aktuella bestämmelserna i syfte att uppnå rättsverkningar i ett mål som i grunden avser de materiella frågor som regleras av direktivet (i detta fall storleken av tarifferna/intäktsramen).
67. Min bedömning är därför att för det fall elmarknadsdirektivets bestämmelser rörande tillsynsmyndighetens oberoende skulle anses vara så klara, precisa och ovillkorliga att



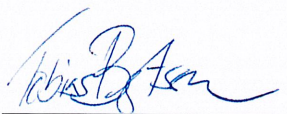
de kan vara direkt tillämpliga i nationell domstol, så innebär denna direkta effekt att en nationell domstol kan ålägga medlemsstaten att vidta åtgärder för att tillsynsorganisationen ska bli förenlig med direktivet, men inte nödvändigtvis att befintliga nationella rättsregler ska åsidosättas i ett mål som gäller fastställande av intäktsram för nätföretag.

**F. KAN UNIONSRÄTTEN FÅ NÅGON BETYDELSE I MÅLET ÄVEN OM DIREKT EFFEKT INTE FÖRELIGGER?**

68. Som redogjorts för i avsnitt C ovan gäller principen om EU-rättens företräde (och den därtill hörande skyldigheten att åsidosätta motstridiga regler i nationell rätt) endast unionsrättsliga bestämmelser som är av sådan karaktär att de har direkt effekt i medlemsstaternas rättsordningar.
69. Det föreligger likväl en unionsrättslig lojalitetsplikt. Denna innebär i första hand att staten Sverige är skyldig att ändra sådana ej direkt tillämpliga regler som står i strid med unionsrätten. För domstolarnas vidkommande, vilka har att hantera konkreta frågor i konkreta mål, har EU-domstolen anvisat principen om indirekt effekt eller direktivkonform tolkning. Nationell rätt får dock inte i en sådan situation åsidosättas utan den indirekta effekten innebär endast att domstolen, inom ramen för sin behörighet, får tolka de nationella reglerna i ljuset av unionsrätten.
70. Som beskrivits ovan får tolkningen dock inte innebära en rättstillämpning *contra legem*. Den nationella rätten gäller alltjämt och är inte "ogiltigförklarad" i någon mening. Det är uteslutet att principen om direktkonform tolkning skulle kunna leda till intäktsramsförordningen och andra relevanta svenska rättsregler inte tillämpas över huvud taget. I vilken mån den svenska regleringen kan tolkas på ett sätt som är väsentligt annorlunda än det sätt på vilket Ei tillämpat regleringen framstår som oklart, och ingår inte heller i mitt uppdrag att bedöma. Det väsentliga är slutsatsen att för det fall bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende inte har direkt effekt saknas det helt stöd för att underlåta att tillämpa den svenska regleringen i intäktsramsförordningen på det sätt som förvaltningsrätten gjort.

---

Som ovan



Tobias Bengtsson

## BILAGEFÖRTECKNING

<b>Bilaga 1</b>	<i>CEER Report on Regulatory Frameworks for European Energy Networks, 2020</i>
-----------------	--

2021-11-25

2019-102334-0032